

CRITERIO UNIFICADO PROVISIÓN DE EMPLEOS PÚBLICOS MEDIANTE ENCARGO

Ponente: Comisionado Fridole Ballén Duque.

Fecha de sesión: 13 de diciembre de 2018.

En Sala Plena de Comisionados del 13 de diciembre de 2018 se adoptó el presente Criterio Unificado titulado PROVISIÓN DE EMPLEOS PÚBLICOS MEDIANTE ENCARGO, en el marco de la Ley 909 de 2004, el Decreto 4968 de 2007 y los Decretos 1083 de 2015 y 648 de 2017.

I. MARCO JURÍDICO.

El encargo se encuentra regulado por las siguientes disposiciones legales y reglamentarias:

- Ley 909 de 2004 artículos 24, 25, artículo 31 párrafo 3º del numeral 5º.
- Decreto 4968 de 2007.
- Decreto 1083 de 2015 y 648 de 2017.

II. INTERROGANTES FRECUENTES Y RESPUESTAS.

1. ¿Qué es el encargo?

El encargo ha sido concebido como: (i) instrumento de movilidad laboral personal de los empleados que se encuentren en servicio activo¹; (ii) situación administrativa; (iii) forma de provisión transitoria de un empleo y (iv) derecho preferencial de promoción o ascenso temporal de los servidores de carrera administrativa.

- Instrumento de movilidad laboral personal de los empleados que se encuentren en servicio activo: Los empleados podrán ser encargados para asumir parcial o totalmente las funciones de empleos diferentes de aquellos para los cuales han sido nombrados, por ausencia temporal o definitiva del titular, desvinculándose temporalmente de las propias de su cargo.
- *Como situación administrativa:* De conformidad con lo establecido en el artículo 2.2.5.5.1 del Decreto 648 de 2017, el ejercicio de funciones de otro empleo por encargo, se constituye en una situación administrativa. El encargo no interrumpe el tiempo de servicio para efectos de la antigüedad en el empleo del cual es titular, ni afecta los derechos de carrera del empleado.

¹ Artículo 2.2.5.4.1 del Decreto 648 de 2017.



- *Como forma de provisión del empleo:* el encargo es un mecanismo transitorio para suplir vacancias temporales o definitivas, no solo de empleos de carrera sino también de libre nombramiento y remoción.

El encargo no tiene vocación de permanencia indefinida en el tiempo, sino que por el contrario, tiene un carácter temporal, que debe ser establecido desde el momento mismo de su otorgamiento.

- Como derecho preferencial de promoción o ascenso temporal de los servidores de carrera administrativa: Para los empleados con derechos de carrera, el encargo es un derecho preferencial siempre y cuando se cumplan los requisitos previstos en el artículo 24 de la Ley 909 de 2004, por lo tanto, no comporta una decisión discrecional del nominador, ya que es una competencia reglada. En todo caso, el encargo en empleos de carrera administrativa prevalece sobre el nombramiento en provisionalidad, salvo que la entidad decida no proveer el empleo.

2. *¿Cómo se proveen los empleos de carrera en vacancia definitiva?*

De conformidad con lo normado en el artículo 2.2.5.3.2 del Decreto 648 de 2017, los empleos de carrera vacantes de forma definitiva, deben proveerse en el siguiente orden:

- Con la persona que al momento de su retiro ostentaba derechos de carrera y cuyo reintegro haya sido ordenado por autoridad judicial;
- Por traslado del empleado con derechos de carrera que demuestre su condición de desplazado por razones de violencia en los términos de la Ley 387 de 1997, una vez impartida la orden por la Comisión Nacional del Servicio Civil;
- Con la persona de carrera administrativa a la cual se le haya suprimido el cargo y que hubiere optado por el derecho preferencial a ser reincorporado a empleos iguales o equivalentes, conforme con las reglas establecidas en el presente Decreto y de acuerdo con lo ordenado por la Comisión Nacional del Servicio Civil y;
- Con la persona que al momento en que deba producirse el nombramiento ocupe el primer puesto en lista de elegibles para el empleo ofertado que fue objeto de convocatoria para la respectiva entidad.

Si las vacancias definitivas no pueden suplirse a través de los anteriores mecanismos extraordinarios y ordinarios de provisión, la Corte Constitucional ha manifestado que la administración puede proveerlas transitoriamente a través de la figura del encargo o

excepcionalmente y de forma residual mediante nombramiento provisional, mientras se surte el proceso de selección.²

El artículo 24 de la Ley 909 de 2004 determina que los empleados que pertenezcan a la carrera administrativa detentarán el derecho preferencial a ser encargados siempre que acrediten los requisitos para su ejercicio, posean las aptitudes y habilidades para su desempeño, no tengan sanción disciplinaria en el último año, ostenten calificación sobresaliente en su última evaluación del desempeño laboral y ocupen en titularidad el empleo inmediatamente inferior de aquel que será provisto.

Así mismo, la referida disposición establece que el encargo no puede ser superior a seis (6) meses. Sin embargo, en los términos del artículo 2.2.5.3.4 del Decreto 1083 de 2015³, antes de cumplirse el término de duración del encargo, de la prórroga o del nombramiento provisional, el nominador, **por resolución motivada**, podrá darlos por terminados.

En todo caso, si se prorroga el encargo, se entenderá que el nominador no requiere realizar una nueva verificación de cumplimiento de requisitos por el servidor actualmente encargado.

3. ¿Cuáles son los presupuestos para que proceda el derecho preferencial de encargo de un servidor de carrera?

El artículo 24 de la Ley 909 de 2004 define que el encargo es un derecho para los servidores de carrera administrativa, siempre que acrediten la totalidad de los requisitos allí definidos, como son:

- a) Cumplir el perfil de competencias exigidas para ocupar el empleo vacante, incluyendo los requisitos de estudio y experiencia;
- b) Poseer las aptitudes y habilidades para desempeñar el empleo que se va a proveer;
- c) No tener sanción disciplinaria en el último año;
- d) Que su última evaluación del desempeño laboral sea sobresaliente;
- e) El encargo recaerá en el empleado de carrera que se encuentre desempeñando el empleo inmediatamente inferior al que se pretende proveer transitoriamente.

² Sentencia T-656 de 2011. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub: *Ahora bien, ante una situación de vacancia en un empleo público las autoridades tienen el deber de adelantar los trámites para cubrirlas. Sin embargo, dado que el procedimiento para proveer definitivamente un cargo es dispendioso, pues se debe hacer la convocatoria a concurso y agotar todas sus fases, el Legislador ha autorizado que como medida transitoria y excepcional se dé una vinculación por encargo o en provisionalidad, cuando la primera no pueda verificarse.*

³ Concordante con lo dispuesto en el artículo 2.2.5.3.4 del Decreto 648 de 2017.



Partiendo de este orden, la CNSC pasará a definir cada uno de los mencionados presupuestos, así:

a) Cumplir el perfil de competencias exigidas para ocupar el empleo vacante, incluyendo los requisitos de estudio y experiencia.

Para su verificación, la entidad deberá tener en cuenta el Manual Específico de Funciones y Competencias Laborales vigente al momento de la provisión transitoria del empleo de carrera vacante de forma definitiva.

La entidad a través de su Área de Talento Humano, al momento de realizar el estudio de verificación sobre el cumplimiento de los requisitos, debe constatar con fundamento en el Manual Específico de Funciones y Competencias Laborales cuál de los servidores de carrera reúne los estudios y experiencia requeridos para el desempeño del cargo.

b) Poseer las aptitudes y habilidades para desempeñar el empleo a proveer mediante encargo.

El requisito de aptitud y habilidad previsto en el artículo 24 de la Ley 909 de 2004, corresponde a la idoneidad y capacidad que ostenta un servidor para obtener y ejercer un cargo. De ahí que el análisis y valoración de su cumplimiento recaiga en el Jefe de Talento Humano, quien a partir de la documentación que reposa en la historia laboral de los servidores que integran la planta de personal debe establecer cuál de ellos reúne las condiciones para desempeñar el empleo que será provisto. Ya la CNSC había conceptualizado lo siguiente, “[...] *la unidad de personal de la entidad o quien haga sus veces en la respectiva entidad, deberá conceptualizar sobre este aspecto y pronunciarse positiva o negativamente sobre el cumplimiento de este requisito, sustentando las razones de su pronunciamiento. [...]*”⁴

Para ilustrar lo antes señalado y a manera de orientación; se traen elementos sobre las aptitudes y habilidades desde el punto de vista psicológico, las cuales son definidas de la siguiente manera:

Aptitud o capacidad: *Atributos permanentes del individuo que influyen su desempeño frente a diferentes labores o actividades.*

Habilidad: *Destrezas desarrolladas o aprendidas que facilitan el aprendizaje o la adquisición más rápida de un nuevo conocimiento*⁵.

⁴ Criterio Unificado aprobado en Sesión de Comisión de 28 de mayo de 2013

⁵ Alcover de la Hera. C.M. (2004) *Introducción a la psicología del trabajo*



Con el objeto de orientar a los Jefes de Talento Humano de las entidades, la CNSC ha elaborado una serie de recomendaciones técnicas que pueden seguir al momento de realizar el respectivo estudio de Aptitudes y Habilidades.

Para evaluar las aptitudes y habilidades de un servidor de carrera en el ejercicio de las funciones del respectivo cargo, los jefes de talento Humano pueden tener en cuenta lo siguiente:

1. Identificar las aptitudes y habilidades propias del empleo que se va a proveer, las cuales se encuentran relacionadas con las competencias funcionales y comportamentales que están establecidas en el Manual Específicos de Funciones y Competencias de la Entidad. En algunos manuales esta información no está explícita y se requiere interpretar las funciones del empleo para identificarlas.
2. Se podrán recolectar evidencias de las aptitudes y habilidades de estos servidores, preferiblemente aquellas que sean más predictivas⁶. Algunos de los métodos que pueden usarse para recolectar estas evidencias son: a) pruebas psicométricas; y b) nivel de desarrollo obtenido en los compromisos comportamentales de la Evaluación de Desempeño Laboral.
3. Realizar un contraste entre las evidencias obtenidas y elaborar una escala que permita clasificar en orden de mérito a los servidores según las aptitudes y habilidades evaluadas. Hay algunos métodos que incluyen escalas de calificación, como por ejemplo las pruebas psicométricas y el nivel de desarrollo obtenido en los compromisos comportamentales de la Evaluación de Desempeño Laboral; en estos casos, no es necesario elaborar una nueva escala y la clasificación se realizaría con los resultados obtenidos⁷.

Es importante resaltar que el éxito de este proceso de evaluación depende de la correcta identificación de las aptitudes y habilidades indispensables para ejercer de forma idónea las funciones del empleo a proveer.

⁶ Rousseau, D M (2006). Is there such a thing as "evidence-based management"? *Academy of management review*, 31(2), 256-259.

⁷ En caso de emplear pruebas psicométricas u otro instrumento estandarizado, se recomienda que este cumpla con los estándares de calidad de la *International Test Commission* (International Test Commission, (2001). *International Guidelines for Test Use*. *International Journal of Testing*, 1(2), 93-114) o de la *American Psychological Association* (AERA, A. (2014). *NCME. (2014). Standards for educational and psychological testing*, 11-31).



De otro lado, las aptitudes y habilidades pueden ser utilizadas como criterio de desempate cuando exista pluralidad de servidores de carrera que cumplan los requisitos para ser beneficiarios del encargo.

c) No tener sanción disciplinaria en el último año.

Se entiende que existe sanción disciplinaria cuando al cabo de un procedimiento administrativo disciplinario adelantado por autoridad competente, se ha emitido una decisión sancionatoria y ésta se encuentra en firme.

d) Que su última evaluación del desempeño laboral sea sobresaliente.

La calificación ordinaria y definitiva en firme, obtenida en el año inmediatamente anterior en el empleo sobre el que ostenta derechos de carrera o en un empleo de carrera que desempeñe en encargo la Ley 909 de 2004, no restringió que tal requisito deba acreditarse exclusivamente en el empleo sobre el que se tiene titularidad.

La calificación definitiva corresponderá a la sumatoria de las evaluaciones parciales que se hayan producido durante el periodo anual, ya sea en el empleo del cual es titular o aquel que desempeñe en encargo.

Cuando no exista servidor de carrera con calificación definitiva sobresaliente, por estricta necesidad del servicio, las entidades podrán tener en cuenta a los servidores que superen el periodo de prueba con una calificación sobresaliente. En su defecto se podrá tener en cuenta a los servidores de carrera que obtengan una calificación satisfactoria, caso en el cual el encargo no se constituye en un derecho sino en una posibilidad.

Para mantener el encargo, será necesario que el servidor obtenga una calificación sobresaliente, en caso contrario (satisfactoria), será potestativo del nominador, prorrogar la situación administrativa en que se encuentra el servidor, siempre y cuando reúna los demás requisitos del artículo 24 de Ley 909 de 2004.

El encargo deberá darse por terminado cuando la calificación definitiva del servidor sea no satisfactoria, lo cual implica que éste deberá regresar al empleo en el que ostenta derechos de carrera.

e) El encargo recaerá en el empleado de carrera que se encuentre desempeñando el empleo inmediatamente inferior al que se pretende proveer transitoriamente.

Para verificar este presupuesto, la Unidad de Personal o quien haga sus veces, deberá analizar la totalidad de la planta de empleos de la entidad, sin distinción por dependencia

y/o ubicación geográfica, atendiendo en orden descendente la posición jerárquica de quienes son titulares de derechos de carrera.

Para el otorgamiento del derecho de encargo se debe verificar inicialmente el empleo inmediatamente inferior, con el fin de establecer si existe un titular de carrera que acredite todas las condiciones y requisitos para que le sea reconocido el derecho a encargo.

Solo en caso de que no exista titular del empleo de carrera inmediatamente inferior que acredite las condiciones y requisitos exigidos para que se conceda el derecho al encargo, se continuará con la verificación respecto de los titulares del cargo inmediatamente inferior y así sucesivamente hasta encontrar el candidato que pueda ocupar el cargo. De no existir servidor de carrera que reúna los requisitos, se podrán tener en cuenta los servidores que acaban de superar el período de prueba en el nivel sobresaliente. Así mismo, a falta de éstos se podrán tener en cuenta aquellos servidores que no acrediten calificación del desempeño sobresaliente, pero cumplan con los demás requisitos exigidos en la norma.

Cuando el requisito menciona que *“el encargo recaerá en el empleado de carrera que se encuentre desempeñando el empleo inmediatamente inferior al que se pretende proveer transitoriamente”* se refiere al cargo sobre el cual el servidor ostenta derechos de carrera administrativa, y no sobre el empleo que está desempeñando en encargo.

De la misma manera, es posible que un funcionario pueda ser encargado en un empleo, pese a que esté gozando actualmente de otro encargo, pero para ello, y en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 24 de la Ley 909 de 2004, se ha de entender como referente que el empleo inmediatamente inferior, a que alude la norma, para el otorgamiento del nuevo encargo es necesariamente, el cargo del cual es titular de derechos de carrera administrativa, y no del que está ocupando en ese momento en encargo.

4. ¿Cómo proceder a la provisión de una vacante mediante encargo cuando existe pluralidad de servidores de carrera que cumplen los requisitos?

Si efectuado el estudio por parte de la entidad, se evidencia que existe pluralidad de servidores de carrera con derecho a ser encargados porque acreditan:

- a. Los requisitos para ejercer el empleo a proveer;
- b. No han sido sancionados disciplinariamente en el último año;
- c. Desempeñan el empleo inmediatamente inferior y;
- d. Su última evaluación del desempeño sea sobresaliente.



La Unidad de Personal de la respectiva entidad podrá:

- a) Publicar a través de su intranet o medio de amplia difusión para los funcionarios, el listado de los servidores de carrera que cumplen los requisitos para ser encargados del empleo a proveer, con el objeto de que quienes se encuentren interesados así lo manifiesten, mediante comunicación oficial a través del medio más expedito disponible, incluyendo el correo electrónico personal para el caso de servidores de carrera que se encuentran en situaciones administrativas que implican su ausencia de la entidad, siempre que se hallen en servicio activo. (Quienes no hagan ninguna manifestación, se entenderá como no interesados).
- b) Si efectuada la manifestación de interés, persiste la pluralidad de servidores, la Unidad de Personal de la entidad podrá usar alguno de los métodos sugeridos en el numeral 2º del literal b) del presente criterio⁸. Por su parte, si aplicado uno de los métodos se encuentra que solo un servidor cumple los requisitos, deberá efectuarse el nombramiento en encargo a éste.
- c) Si continúa la pluralidad de servidores que cumplen los requisitos, la Unidad de Personal podrá acudir a los criterios de desempate que se muestran a continuación y en el orden que previamente determine.

Criterios de desempate que pueden aplicarse cuando dos o más servidores de carrera cumplan requisitos para ser encargados de un empleo.

Cuando varios servidores de carrera cumplan la totalidad de los requisitos exigidos en el artículo 24 de la Ley 909 de 2004 para ser encargados, existirá un empate, caso en el cual la administración deberá actuar bajo unos parámetros objetivos y previamente establecidos con fundamento en el mérito, para lo cual podrá aplicar entre otros los siguientes criterios, en el orden que estime pertinente:

- a) Asignar un puntaje por la educación formal relacionada y adicional al requisito mínimo exigido para el cargo, para lo cual se verificará la información que se encuentre en la historia laboral del servidor público. Se deberá establecer un puntaje por cada título de educación formal adicional al requisito mínimo.
- b) Tener en cuenta primero la mayor experiencia relacionada, si persiste el empate, evaluar la mayor experiencia profesional y finalizar con la mayor experiencia laboral (de acuerdo a lo exigido en el Manual de Funciones y Competencias Laborales),

⁸ Se podrán recolectar evidencias de las aptitudes y habilidades de estos servidores, preferiblemente aquellas que sean más predictivas. Algunos de los métodos que pueden usarse para recolectar estas evidencias son: a) pruebas psicométricas; y b) nivel de desarrollo obtenido en los compromisos comportamentales de la Evaluación de Desempeño Laboral.



adicional al requisito mínimo, estableciendo un puntaje por cada año o fracción adicional, que repose en la historia laboral.

- c) Mayor puntaje en la última calificación definitiva del desempeño laboral.
- d) En el servidor público que cuente con distinciones, reconocimientos u honores en el ejercicio de sus funciones.
- e) Pertenencia a la misma dependencia en la que se encuentra el empleo objeto de provisión.
- f) En el servidor público más antiguo de la entidad.
- g) En quien hubiere sufragado en las elecciones inmediatamente anteriores, para lo cual deberá aportar el certificado de votación de acuerdo con lo establecido en el artículo 5° de la Ley 407 de 1997.
- h) De no ser posible el desempate, se decidirá a la suerte por medio de balotas, en presencia de pluralidad de servidores de la entidad, entre ellos control interno.

5. ¿Cómo se proveen las vacancias temporales en empleos de carrera?

Cuando no fuere posible proveerlas mediante encargo con empleados de carrera, podrán ser provistas mediante nombramiento provisional. El encargo en vacancia temporal, se efectuará por el tiempo que dure la misma.

6. ¿Puede un servidor de carrera administrativa, solicitar al nominador ser encargado en un empleo que se encuentra vacante en forma definitiva?

Puede solicitarlo; sin embargo es de aclarar que la decisión de proveer o no transitoriamente un empleo es una potestad de la Administración, que de acuerdo a las necesidades del servicio, decide si provee o no transitoriamente un empleo mediante encargo, o a través del nombramiento provisional, cuando no exista servidor de carrera con derecho a ser encargado.

De otro lado, la solicitud efectuada no otorga al servidor ningún derecho a ser encargado y en caso de que la administración decida proveer de manera transitoria el empleo, deberá someterse a la verificación de requisitos establecida en el artículo 24 de la Ley 909 de 2004. De esta manera, el derecho preferencial a encargo en cabeza de un servidor, no dependerá ni de su postulación, ni de la voluntad del nominador, si no del cumplimiento de los requisitos contenido en la norma referida.



7. ¿El derecho a encargo es susceptible de ser exigido por vía de reclamación laboral administrativa?

Siendo un derecho preferencial del empleado de carrera que cumpla con los presupuestos establecidos en el artículo 24 de la Ley 909 de 2004, este derecho puede exigirse mediante reclamación laboral, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 12 y 16 de la Ley 909 de 2004 y el Decreto Ley 760 de 2005.

Dentro de los (10) diez días hábiles siguientes a la publicidad del acto presuntamente lesivo del derecho a encargo o a partir de la fecha en que tuvo conocimiento del mismo, el servidor de carrera administrativa que considere vulnerado su derecho a encargo, podrá interponer escrito de reclamación de primera instancia ante la Comisión de Personal de la entidad, atendiendo para ello los requisitos establecidos en el Título I del Decreto Ley 760 de 2005 (artículos 4 y 5).

Contra la decisión de la Comisión de Personal, procede reclamación en segunda instancia ante la Comisión Nacional del Servicio Civil, la cual deberá ser presentada ante la Comisión de Personal de la entidad, dentro de los diez (10) días hábiles siguientes a la notificación de la decisión de primera instancia, conforme a lo dispuesto en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, aplicable por remisión del artículo 5 del Decreto Ley 760 de 2005.

En cuanto al efecto para el trámite de las reclamaciones, debe decirse que éstas, así como los recursos presentados por los servidores de carrera en razón a incorporaciones, desmejoramientos de sus condiciones laborales y encargos, se tramitarán en el efecto suspensivo⁹, al tenor de lo dispuesto en el artículo 79 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo -CPACA-.

En la decisión de la reclamación en segunda instancia, si la Comisión Nacional del Servicio Civil encuentra que existió vulneración del derecho preferencial a encargo del reclamante, revocará la decisión de la Comisión de Personal de la entidad y ordenará a la respectiva Unidad de Personal efectuar nuevamente el estudio de requisitos que determine en qué servidor de carrera debe recaer el derecho preferencial.

8. ¿Un empleado de carrera puede ser encargado en un empleo de libre nombramiento y remoción?

Si, el inciso tercero del artículo 24 de la Ley 909 de 2004, establece lo siguiente:

⁹ En aplicación de lo dispuesto en el artículo 47 del Decreto Ley 760 de 2005, el cual establece que "los vacíos que se presenten en este decreto se llenarán con las disposiciones contenidas en el Código Contencioso Administrativo"

“(...) Los empleos de libre nombramiento y remoción en caso de vacancia temporal o definitiva podrán ser provistos a través del encargo de empleados de carrera o de libre nombramiento y remoción, que cumplan los requisitos y el perfil para su desempeño. (...)”

En concordancia con ello, la norma en clara en precisar que en caso de vacancia definitiva el encargo será por un término de tres (3) meses, periodo que una vez culminado demanda el por parte de la entidad la provisión definitiva del empleo de libre nombramiento y remoción.

9. ¿El servidor tiene derecho al salario del empleo para el cual fue encargado?

De acuerdo con el artículo 2.2.5.5.44 del Decreto 648 de 2017, el empleado encargado tiene derecho al salario señalado para el empleo que desempeña temporalmente.

10. ¿Es posible terminar un encargo antes de su vencimiento o de su prórroga?

De conformidad con el artículo 2.2.5.3.4 del Decreto 648 de 2017¹⁰, antes de cumplirse el término de duración del encargo o de su prórroga, el nominador, por resolución motivada, podrá darlo por terminado.

Aunque la norma no especifica las causales para dar por terminado un encargo, entre las razones más comunes para ello tenemos:

1. La provisión definitiva del empleo a través del concurso de méritos respectivo;
2. Imposición de sanciones disciplinarias consistente en suspensión o destitución¹¹;
3. La calificación definitiva no satisfactoria en la evaluación del desempeño laboral del encargo, (iv) La renuncia del empleado al encargo,
4. La pérdida de derechos de carrera y;
5. Cuando se acepte la designación o nombramiento para el ejercicio de otro empleo.

11. ¿Qué sucede si una vacante temporal está provista mediante encargo, y el titular de dicho empleo renuncia?

Si un empleo en vacancia temporal está provisto mediante encargo o nombramiento provisional y su titular renuncia, dicha vacante se convierte en definitiva, en este caso, la entidad deberá verificar la aplicación de los mecanismos de provisión definitiva señalados

¹⁰ Concordante con lo dispuesto en el artículo 2.2.5.3.4 del Decreto 1083 de 2015.

¹¹ Al respecto, obsérvese el concepto emitido bajo radicado de salida 11335 del 15 de marzo de 2012, en respuesta a la consulta radicada bajo No. 7898 de 2012.



en el artículo 2.2.5.3.2 del Decreto 648 de 2017. Si agotados dichos órdenes de provisión, la condición de vacancia definitiva persiste, la administración podrá, por necesidades del servicio, mantener el encargo o el nombramiento provisional en el servidor en que inicialmente había recaído.

12. ¿Es el encargo interinstitucional un derecho preferencial?

No. De acuerdo con el artículo 2.2.5.5.45 del Decreto 648 de 2017, hay encargo interinstitucional cuando el Presidente de la República designa temporalmente a un empleado en otra entidad de la Rama Ejecutiva, para asumir total o parcialmente, las funciones de otro empleo vacante del cual él sea el nominador, por falta temporal o definitiva de su titular.

El encargo interinstitucional puede recaer en un empleado de carrera o de libre nombramiento y remoción que cumpla con los requisitos para el desempeño del cargo.

13. ¿Puede la administración en vigencia de la Ley de Garantías, proveer de forma transitoria un empleo de carrera administrativa en aplicación de lo dispuesto en los artículos 24 y 25 de la Ley 909 de 2004?

La Ley 996 de 2005¹² previó en sus artículos 33 y 38 (inciso cuarto del párrafo) lo siguiente:

Artículo 33 Restricciones a la contratación pública. *Durante los cuatro (4) meses anteriores a la elección presidencial y hasta la realización de la elección en la segunda vuelta, si fuere el caso, queda prohibida la contratación directa por parte de todos los entes del Estado.*

Queda exceptuado lo referente a la defensa y seguridad del Estado, los contratos de crédito público, los requeridos para cubrir las emergencias educativas, sanitarias y desastres, así como también los utilizados para la reconstrucción de vías, puentes, carreteras, infraestructura energética y de comunicaciones, en caso de que hayan sido objeto de atentados, acciones terroristas, de sastres naturales o casos de fuerza mayor, y los que deban realizar las entidades sanitarias y hospitalarias.

El inciso cuarto del párrafo del artículo 38 lo siguiente:

¹² "Por medio de la cual se reglamenta la elección de Presidente de la República, de conformidad con el artículo 152 literal f) de la Constitución Política de Colombia, y de acuerdo con lo establecido en el Acto Legislativo 02 de 2004 y se dictan otras disposiciones"

*“Prohibiciones para los servidores públicos”, que las nóminas de las entidades territoriales no podrían modificarse dentro de los cuatro (4) meses anteriores a las elecciones a cargos de elección popular, salvo que: “(...) se trate de provisión de cargos por faltas definitivas, con ocasión de muerte o renuncia irrevocable del cargo correspondiente debidamente aceptada, **y en los casos de aplicación de las normas de carrera administrativa.** (...)” (Resaltado fuera de texto)*

De las normas en cita, vemos que la aplicación del sistema de carrera administrativa está contemplada como una excepción a la prohibición establecida en la Ley 996 de 2005, frente a la posibilidad de modificar las nóminas de las entidades con anterioridad al inicio del proceso electoral.

Al respecto, la Corte Constitucional en la Sentencia C - 1153 de 2005, supeditó el alcance del cumplimiento de la prohibición comprendida en el artículo 38 de la Ley 996 de 2005 al desarrollo de los fines del Estado, señalando:

“(...) La Sala observa que todas las limitaciones previstas en el artículo 38 están claramente encaminadas a garantizar los principios de la función administrativa previstos en el artículo 209 de la Constitución, en particular la moralidad, la imparcialidad y la eficacia en el cumplimiento de las funciones. En esa medida, en términos generales, el artículo 38 no contraría disposición alguna de la Carta, sino que la desarrolla. (...)”

Ahora bien, las excepciones a esta prohibición, consignadas en el inciso cuarto del párrafo, respetan el equilibrio que debe existir entre la guarda de la moralidad administrativa y la eficacia de la administración, a través de la autorización de vincular en nómina (a) cuando se trate de proveer cargos por faltas definitivas derivada de muerte o renuncia y (b) los cargos de carrera administrativa.

*En efecto, si se trata de proveer un cargo por necesidad del servicio, toda vez que quien lo desempeñaba no está en capacidad de seguirlo haciendo, es claro que la vinculación no se tratará de un cargo creado ad hoc en épocas de campaña, sino de una necesidad permanente de la administración que no puede dejar de ser satisfecha por encontrarse en periodo de campaña. De otra parte, si con la prohibición de modificación de nómina pretende evitar la vulneración de la moralidad administrativa, **las vinculaciones que se presenten aplicando las normas de carrera administrativa serán admisibles por todas las garantías de transparencia y objetividad que deben rodear el régimen de carrera.** (...)” (Marcación intencional)*

Con fundamento en el análisis realizado y la posición decantada por la Corte Constitucional, puede concluirse que una entidad pública del orden nacional o territorial puede, en aplicación del principio constitucional y reglas del mérito, proveer de forma transitoria los empleos de carrera vacantes de forma temporal o definitiva en su planta de

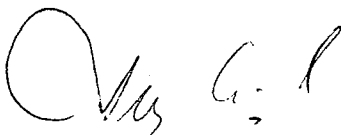
personal, como quiera que la administración por estricta necesidad del servicio y con el ánimo de garantizar su adecuada prestación, actuaría bajo la excepción prevista en el inciso cuarto del párrafo del artículo 38 de la Ley 996 de 2005 y de acuerdo con las previsiones de los artículos 24 y 25 de la Ley 909 de 2004, proceder que en todo caso debe encontrarse debidamente acreditado.

14. ¿Cuál es la diferencia entre encargo de un empleo y encargo de funciones?

El encargo de un empleo implica la separación temporal del cargo del cual es titular para asumir el nuevo cargo; mientras que el encargo de funciones consiste en asumir las funciones de otro empleo¹³ sin desvincularse de las propias de su cargo. Por el primero puede percibir la remuneración, por el segundo no.

Producto del presente Criterio Unificado, quedan sin efecto los siguientes documentos:

- (i) Criterio Unificado sobre la figura de encargo para la provisión transitoria de empleos de carrera del 28 de mayo de 2013;
- (ii) Criterio Provisión transitoria de empleos en vigencia de la Ley de Garantías Electorales del 10 de diciembre de 2013;
- (iii) Criterio Unificado sobre la figura de encargo para la provisión transitoria de empleos de carrera del 30 de abril de 2015;
- (iv) Criterio Unificado “Asignación salarial en el otorgamiento de un encargo para evitar desmejoramiento laboral” del 29 de septiembre de 2015;
- (v) Criterio Unificado sobre “Trámite para otorgamiento de encargos ante la existencia de errores de la administración en la estructura de su planta de personal” del 24 de diciembre de 2015; y
- (vi) Criterio Unificado sobre la figura de encargo para la provisión transitoria de empleos de carrera, del 22 de noviembre de 2016.



LUZ AMPARO CARDOSO CANIZALEZ
Presidente

Proyectó y aprobó: Comisionado Fridole Ballén Duque
Revisó: Clara Pardo I.
Compilación: Adriana Medina, Claudia Ortiz y Miguel Ardila

¹³ La asignación de funciones puede hacerse siempre y cuando con ello no se desvirtúe la naturaleza del cargo del que se es titular.